

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN  
CHRISTINE STIX-HACKL  
vom 1. Juli 2004<sup>1</sup>

**I — Einleitung**

1. Das vorliegende Verfahren betrifft die Frage, ob die Mitgliedstaaten im Vergabeverfahren den Auftraggebern vorschreiben dürfen, den Zuschlag nur nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu erteilen.

3. Die Richtlinie 93/37 gilt zwar grundsätzlich für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, doch sieht ihr Artikel 3 auch Vorschriften für die Vergabe von Baukonzessionen vor. Des Weiteren enthält Artikel 3 Vorschriften betreffend die Vergabe von Aufträgen durch den Konzessionär.

**II — Rechtlicher Rahmen**

4. Artikel 3 Absatz 3 regelt den Fall, dass der Konzessionär selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b ist. Diesfalls „muss er bei der Vergabe von Bauarbeiten an Dritte die Vorschriften dieser Richtlinie anwenden“.

**A — Gemeinschaftsrecht**

2. Die einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts finden sich in der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge<sup>2</sup> (im Folgenden: Richtlinie 93/37).

5. Artikel 3 Absatz 4 betrifft die Vergabe durch Konzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind. Diesbezüglich ist Folgendes vorgesehen:

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Konzessionäre, die nicht selbst öffentliche Auftraggeber sind, bei den von ihnen an Dritte vergebenen Aufträgen die in Artikel 11 Absätze 4, 6, 7 und 9 bis 13 und in Artikel 16

<sup>1</sup> — Originalsprache: Deutsch.

<sup>2</sup> — ABl. L 199, S. 54, mehrfach geändert.

enthaltenen Bekanntmachungsvorschriften anwenden, wenn der Auftragswert 5 000 000 ECU oder mehr beträgt ...“

6. Die grundsätzliche Regelung über die Zuschlagskriterien findet sich in Artikel 30 der Richtlinie 93/37. Dessen Absatz 1 lautet:

„(1) Bei der Erteilung des Zuschlags wendet der öffentliche Auftraggeber folgende Kriterien an:

- a) entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises
- b) oder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie z. B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert.“

### B — *Nationales Recht*

7. Artikel 21 des Rahmengesetzes über öffentliche Bauaufträge Nr. 109 vom 11. Fe-

bruar 1994 (im Folgenden: Rahmengesetz) regelt u. a. die Zuschlagskriterien. In seiner im Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung sieht Artikel 21 Absatz 1 vor, dass die Vergabe von Aufträgen im offenen oder nicht offenen Verfahren (oder bei beschränkter Vergabe) auf der Grundlage des Kriteriums des niedrigsten Preises zu erfolgen hat.

### III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

8. Die Gemeinde Brescia beschloss im Dezember 1989 bzw. Januar 1990 ein Projekt zum Bau einer Tiefgarage in Fossa Bagni zusammen mit der Ausschreibung eines Konzessionsvertrags über den Bau und die Verwaltung eines Parkplatzes sowie den Entwurf des Konzessionsvertrags. Anschließend erteilte die Gemeinde Brescia dem Unternehmen Sintesi SpA (im Folgenden: Sintesi) im Februar 1991 den Zuschlag für den Bau und die Verwaltung des Parkplatzes.

9. Die endgültige Vereinbarung zwischen der Gemeinde Brescia und Sintesi sah vor, dass Letztere als Konzessionsnehmerin die Verpflichtung übernimmt, gemäß den Bestimmungen über öffentliche Bauaufträge im Wege des nicht offenen Verfahrens auf europäischer Ebene für die Ausführung der Arbeiten zu sorgen.

10. Sintesi veröffentlichte am 22. April 1999 eine Ausschreibung nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieses sollte nach dem Preis, dem technischen Wert und der für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Bauzeit beurteilt werden.

11. Nach der Phase der Vorauswahl übermittelte Sintesi den in die engere Wahl gezogenen Unternehmen die Ausschreibung zusammen mit den Ausschreibungsunterlagen. Die ebenfalls zur Abgabe eines Angebots eingeladene Ingg. Provera e Carrassi SpA (im Folgenden: Provera) ersuchte um Verlängerung der Angebotsfrist, die auch genehmigt wurde. Danach teilte Provera Sintesi jedoch mit, dass sie an der Ausschreibung, die rechtswidrig sei, nicht teilnehmen werde. Provera erhob jedoch keinerlei Klage gegen die danach ergriffenen Vergabemaßnahmen.

12. Im Mai 2000 wurde dem Angebot, das als wirtschaftlich günstigstes Angebot ermittelt worden war, der Zuschlag erteilt. Die Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici fasste im Dezember 2000 dagegen einen Beschluss mit der Begründung, dass der Zuschlag nach dem Rahmengesetz nur nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen darf und das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausschließlich bei Ausschreibungen über die Vergabe öffentlicher Bau- und Verwaltungskonzessionen angewandt werden kann.

13. Sintesi hat diesen Beschluss u. a. wegen Verstoßes gegen die Artikel 3 sowie 7 ff. des Gesetzes Nr. 241 vom 7. August 1990 sowie Gesetzesverstoßes wegen Missachtung des Artikels 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 beim Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia angefochten.

14. Nach Auffassung des Tribunale sei lediglich der Klagegrund betreffend Artikel 30 der Richtlinie 93/37 entscheidend, wobei das dem Auftraggeber eingeräumte Ermessen zu bestimmen sei. Eine Nichtanwendung des nationalen Rechts sei nur im Lichte von Artikel 81 EG gerechtfertigt. Den Auftraggebern stehe es frei, ob sie nach dem einen oder dem anderen Kriterium den Zuschlag erteilen. Der Grundsatz des Wettbewerbs spiele bei der Wahl der Art des Vergabeverfahrens, nicht jedoch bei der Wahl des Zuschlagskriteriums, eine Rolle.

15. Das Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 vom 14. Juni 1993 insofern, als er den einzelnen öffentlichen Auftraggebern die Entscheidung überlässt, entweder den niedrigsten Preis oder das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot als Kriterium für den Zuschlag eines Auftrags vorzusehen, eine folgerichtige

Anwendung des Grundsatzes des freien Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG), wonach jedes Angebot im Rahmen einer Ausschreibung im Gemeinsamen Binnenmarkt so beurteilt werden muss, dass der Vergleich der Angebote nicht verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wird?

2. Ist es daher nach Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 vom 14. Juni 1993 unzulässig, dass Artikel 21 des Gesetzes Nr. 109 vom 11. Februar 1994 dem öffentlichen Auftraggeber bei offenen und nicht offenen Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge die Entscheidung für das Kriterium des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots dadurch verbietet, dass er generell nur das Kriterium des niedrigsten Preises vorschreibt?

die vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze der Zulässigkeit von Vorabentscheidungsersuchen hinzuweisen.

17. Die Zulässigkeit der Vorlagefragen hängt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes einmal davon ab, ob das vorliegende Gericht den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen der von ihm gestellten Fragen umreißt oder zumindest die tatsächlichen Annahmen erläutert, auf denen diese Fragen beruhen<sup>3</sup>.

18. Wenn der gegenständliche Vorlagebeschluss auch keine erschöpfende Darstellung des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens enthält, sind die Angaben des vorlegenden Gerichts doch so ausreichend dargestellt und beziehen sich die Fragen auf präzise fachliche Punkte, dass sie es dem Gerichtshof erlauben, eine sachdienliche Antwort zu geben. Das aber reicht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>4</sup> hin.

19. Einen weiteren Maßstab für die Zulässigkeit von Vorlagefragen bildet das Er-

#### IV — Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen

16. Zunächst ist auf das Argument einzugehen, wonach weder die rechtlichen Bestimmungen noch der Sachverhalt korrekt wiedergegeben würden und die Vorlagefragen theoretisch seien. Diesbezüglich ist auf

3 — Urteil vom 26. Januar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-320/90, C-321/90 und C-322/90 (Telemarscabruzzo u. a., Slg. 1993, I-393, Randnr. 6) sowie die Beschlüsse vom 19. März 1993 in der Rechtssache C-157/92 (Banchemo, Slg. 1993, I-1085, Randnr. 4), vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-378/93 (La Pyramide, Slg. 1994, I-3999, Randnr. 14), vom 23. März 1995 in der Rechtssache C-458/93 (Saddik, Slg. 1995, I-511, Randnr. 12) und vom 28. Juni 2000 in der Rechtssache C-116/00 (Laguillaumie, Slg. 2000, I-4979, Randnr. 15).

4 — Urteil vom 3. März 1994 in der Rechtssache C-316/93 (Vaneetveld, Slg. 1994, I-763, Randnr. 13) sowie die Beschlüsse vom 13. März 1996 in der Rechtssache C-326/95 (Banco de Fomento e Exterior SA, Slg. 1996, I-1385, Randnr. 8) und vom 30. Juni 1997 in der Rechtssache C-66/97 (Banco de Fomento e Exterior SA, Slg. 1997, I-3757, Randnr. 9).

fordernis, dass die Angaben in den Vorlageentscheidungen nicht nur dem Gerichtshof sachdienliche Antworten ermöglichen, sondern auch den Regierungen der Mitgliedstaaten und den anderen Beteiligten die Möglichkeit geben sollen, gemäß Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes Erklärungen abzugeben. Der Gerichtshof hat nämlich darauf zu achten, dass diese Möglichkeit in Anbetracht der Tatsache, dass den Beteiligten nach dieser Bestimmung nur die Vorlageentscheidungen zugestellt werden, gewahrt wird<sup>5</sup>.

20. Die Anzahl und der Inhalt der beim Gerichtshof eingelangten schriftlichen Stellungnahmen zeigen, dass auch diesem Erfordernis entsprochen wurde.

21. Schließlich entspricht der Vorlagebeschluss auch dem Erfordernis, dass das vorliegende Gericht die genauen Gründe erläutert, aus denen ihm die Auslegung des Gemeinschaftsrechts fraglich erscheint und es die Vorlage von Vorabentscheidungsfragen an den Gerichtshof für erforderlich hält<sup>6</sup>.

22. Nunmehr ist auf das von mehreren Beteiligten vorgebrachte Argument einzugehen, dass die zweite Vorlagefrage die Auslegung des nationalen Rechts und dessen Vereinbarkeit mit Artikel 30 der Richtlinie 93/37 zum Gegenstand habe.

23. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass in der Begründung des Vorlagebeschlusses die Vereinbarkeit von „Artikel 21 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 109 vom 11. Februar 1994 mit Artikel 81 ff. EG“, in der zweiten Vorlagefrage hingegen die Zulässigkeit dieser nationalen Bestimmung im Lichte von Artikel 30 der Richtlinie angesprochen wird.

24. Ausgehend von dem Grundsatz, dass es im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nicht Aufgabe des Gerichtshofes ist, die Vereinbarkeit von nationalem Recht zu prüfen, ist die zweite Vorlagefrage also insoweit unzulässig, als sie auf die Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht gerichtet ist. Die zweite Vorlagefrage ist jedoch insofern zulässig, als sie die Auslegung von Gemeinschaftsrecht, und zwar von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37, betrifft. In diesem Sinne umgedeutet ist die zweite Vorlagefrage daher zulässig, wobei von einer ausdrücklichen Umformulierung abgesehen wird.

5 — Urteil vom 1. April 1982 in den verbundenen Rechtssachen 141/81, 142/81 und 143/81 (Holdijk u. a., Slg. 1982, 1299, Randnr. 6) sowie die Beschlüsse in der Rechtssache C-458/93 (zitiert in Fußnote 3), Randnr. 13, und in der Rechtssache C-116/00 (zitiert in Fußnote 3), Randnr. 24.

6 — Beschlüsse vom 25. Juni 1996 in der Rechtssache C-101/96 (Italia Testa, Slg. 1996, I-3081, Randnr. 6), vom 8. Juli 1998 in der Rechtssache C-9/98 (Agostini, Slg. 1998, I-4261, Randnr. 6) und in der Rechtssache C-116/00 (zitiert in Fußnote 3), Randnr. 16.

## V — Zu den Vorlagefragen

25. Um dem vorlegenden Gericht nützliche Hinweise zu geben, erscheint es angebracht, die beiden Vorlagefragen gemeinsam zu behandeln.

26. Eine gesonderte Auseinandersetzung mit dem in der ersten Vorlagefrage angesprochenen Artikel 81 EG ist insofern entbehrlich, als im vorliegenden Verfahren davon auszugehen ist, dass Artikel 30 der Richtlinie 93/37 anzuwenden ist und nicht Artikel 81 EG. Zwar kann es durchaus Konstellationen geben, in denen in Vergabefällen auch kartellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, doch ergibt sich weder aus der Vorlagefrage selbst noch aus den übrigen Ausführungen des vorlegenden Gerichts, dass es im Ausgangsverfahren um die selbständige Anwendung von Artikel 81 EG geht. Abgesehen von verfahrensrechtlichen Gründen scheidet eine Beurteilung des gesetzgeberischen Handelns der Mitgliedstaaten auf dessen Vereinbarkeit mit Artikel 81 EG aus materiell-rechtlichen Gründen aus, weil sich diese Vorschrift an Unternehmen richtet.

27. Im vorliegenden Verfahren geht es auch nicht um die Gültigkeit von Artikel 30 der Richtlinie 93/37 und dessen Prüfung am Maßstab von Artikel 81 EG. Diese Vorschrift kann allenfalls als Maßstab für eine primär-

rechtskonforme, also eine am Grundsatz des Wettbewerbs ausgerichtete Auslegung von Artikel 30 der Richtlinie in Betracht kommen.

## A — Vergaberichtlinien und Wettbewerbsprinzip im Allgemeinen

28. Von mehreren Beteiligten ist auf verschiedene Weise auf die Bedeutung des Wettbewerbs für die Vergaberichtlinien hingewiesen worden. Diesbezüglich ist mit der Kommission daran zu erinnern, dass die Richtlinie 93/37 nicht der Durchführung von Artikel 81 EG dient.

29. Hinsichtlich der Bedeutung des Grundsatzes des freien Wettbewerbs oder Wettbewerbsprinzips für die Vergaberichtlinien ist des Weiteren auf deren Rechtsgrundlage einzugehen. Die drei klassischen Richtlinien für Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen sind auf Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 66 EG-Vertrag (jetzt Artikel 47 Absatz 2 EG und Artikel 55 EG), auf Artikel 100a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 95 EG) bzw. auf alle diese drei Vorschriften gestützt.

30. Diese Rechtsgrundlagen sind mit den Grundfreiheiten bzw. mit dem Gemeinsamen Markt verbunden, beziehen sich jedoch nicht ausdrücklich auf den Wettbewerb.

31. Die drei klassischen Vergaberichtlinien – und nicht nur diese – weisen allerdings einen anderen Bezugspunkt zum Wettbewerb auf. So wird in der jeweiligen Präambel<sup>7</sup> ausdrücklich die Entstehung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens als Ziel angeführt. Die Sicherstellung eines solchen Wettbewerbs als Ziel der Richtlinien hat der Gerichtshof in zahlreichen Urteilen bekräftigt<sup>8</sup>.

32. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>9</sup> sollen die Richtlinien wie das Gemeinschaftsrecht überhaupt<sup>10</sup> erstens Praktiken unterbinden,

die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen, und zweitens den jeweils betroffenen Beschaffungsmarkt dem Wettbewerb öffnen, d. h., den freien Zugang insbesondere für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten sichern.

33. Das Wettbewerbsprinzip bildet also einen der tragenden Grundsätze des gemeinschaftlichen Vergaberechts.

34. Es erfüllt mehrere Schutzzwecke. Erstens hat das Wettbewerbsprinzip die Beziehungen der Unternehmen, d. h. der Bewerber oder Bieter, untereinander im Auge. Zwischen diesen soll ein Parallelwettbewerb um einen Beschaffungswunsch stattfinden.

7 – 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1); 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) sowie zehnter Erwägungsgrund der Richtlinie 93/37.

8 – Vgl. die Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 21), vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89 (Kommission/Danemark, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 33), vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-27/98 (Metalmeccanica Fracasso SpA und Leitschutz Handels- und Montage GmbH, Slg. 1999, I-5697, Randnr. 26), vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-513/99 (Concordia Bus Finland Oy, Slg. 2002, I-7213, Randnr. 81) und vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99 (Universale-Bau AG, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 89).

9 – Vgl. die Urteile vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-399/98 (Ordine degli Architeti delle province di Milano e Lodi, Slg. 2001, I-5409, Randnr. 75), vom 27. November 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini SpA u. a., Slg. 2001, I-9233, Randnr. 35), vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00 (Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 44), vom 14. November 2002 in der Rechtssache C-411/00 (Felix Swoboda GmbH, Slg. 2002, I-10567, Randnr. 33), in der Rechtssache C-470/99 (zitiert in Fußnote 8), Randnr. 89, und vom 15. Mai 2003 in der Rechtssache C-214/00 (Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-4667, Randnr. 53).

10 – Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98 (Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 62).

35. Zweitens betrifft das Wettbewerbsprinzip das Verhältnis zwischen den Auftraggebern, die als Unternehmen zu qualifizieren sind, und den Unternehmen, insbesondere das Verhalten eines marktbeherrschenden Auftraggebers gegenüber den Unternehmen oder eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber dem Auftraggeber und die Beurteilung dieses Verhaltens im Lichte von Artikel 82 EG<sup>11</sup>.

11 – Sind Auftraggeber nicht als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts zu qualifizieren, ist an die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften in Verbindung mit Artikel 10 EG zu denken.

36. Drittens soll das Wettbewerbsprinzip den Wettbewerb als Institution schützen.

37. Das Wettbewerbsprinzip findet seinen Ausdruck in konkreten Bestimmungen der Vergaberichtlinien. Dazu gehören einmal die Vorschriften über die zulässigen Arten von Vergabeverfahren und deren Ablauf, insbesondere die in den verschiedenen Phasen des Verfahrens einzuhaltenden Fristen sowie das Verbot von Nachverhandlungen<sup>12</sup>.

38. Zu konkreten Ausprägungen des Wettbewerbsprinzips gehören des Weiteren die Vorschriften über die Leistungsbeschreibung, vor allem die technischen Spezifikationen, die Vorschriften über die Eignung der Unternehmen sowie die Vorschriften über die Zuschlagskriterien, um die es im vorliegenden Verfahren geht.

39. Damit der Wettbewerb gewährleistet wird, ist ein Mindestmaß an Transparenz erforderlich. Dazu sehen die Vergaberichtli-

nien eine Reihe von Bekanntmachungspflichten vor. Auch die Verpflichtung des Auftraggebers zur vorherigen Festlegung sowie zur Einhaltung der festgelegten Kriterien dient dem Wettbewerb. Demgegenüber ist es zur Gewährleistung des Wettbewerbs in bestimmten Fällen auch erforderlich, bestimmte Informationen eines Unternehmens gegenüber anderen Unternehmen geheim zu halten<sup>13</sup>.

40. Wettbewerbliche Bedeutung hat schließlich auch die Teilnahme jener Unternehmen an einem Vergabeverfahren, die an Vorarbeiten zu diesem Vergabeverfahren beteiligt waren<sup>14</sup>.

## B — *Zuschlagskriterien und Wettbewerb*

41. Hinsichtlich der wettbewerblichen Wirkung der beiden Zuschlagskriterien ist davon auszugehen, dass diese beiden in Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 wie auch in den

12 — Siehe die Urteile in der Rechtssache C-399/98 (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 75, und in den Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 35.

13 — Artikel 16 Absatz 5 der Richtlinie 92/50, Artikel 9 Absatz 3 der Richtlinie 93/36 und Artikel 11 Absatz 5 der Richtlinie 93/37.

14 — Zehnter Erwägungsgrund der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 328, S. 1).



Parallelbestimmungen der anderen Vergaberichtlinien normierten Zuschlagskriterien einen echten Wettbewerb gewährleisten sollen<sup>15</sup>.

42. Eine Beurteilung der wettbewerblichen Wirkung der beiden Zuschlagskriterien im Ausgangsverfahren ist als Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften auf einen konkreten Fall nicht Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens.

43. Eine generelle Bewertung, ob das Kriterium des niedrigsten Preises generell günstigere Auswirkungen auf den Wettbewerb hat als das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots, kann nicht Gegenstand einer rechtlichen Untersuchung in einem Vorabentscheidungsverfahren sein. Es darf nicht übersehen werden, dass das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht nur einen Preiswettbewerb, sondern auch einen Wettbewerb über andere Faktoren, d. h. einen Konditionenwettbewerb, erlaubt. Eine Beurteilung der Auswirkungen eines bestimmten Kriteriums auf den Wettbewerb ist anhand der konkreten Umstände, insbesondere anhand des betroffenen Marktes, zu treffen und obliegt daher dem nationalen Richter.

44. Der nationale Richter hat dabei Folgendes zu berücksichtigen: Entscheidend für die Auswirkungen auf den Wettbewerb ist vor allem, ob für alle Unternehmen die gleichen und objektiven Kriterien gelten<sup>16</sup>. Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums wirtschaftlich günstigstes Angebot kommt es dabei wesentlich auf dessen nähere Ausgestaltung in dem konkreten Vergabeverfahren an, d. h., auf die einzelnen Faktoren zur Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Diese Faktoren sind, ähnlich wie die Kriterien zur Beurteilung der Eignung der Bieter, stets auch am Primärrecht zu messen. Dazu gehören selbstverständlich auch die Vorschriften des Wettbewerbsrechts.

45. Aber auch die Auslegung von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts durch den Gerichtshof hängt von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ab. So macht nach „ständiger Rechtsprechung ... die Notwendigkeit, zu einer dem nationalen Gericht nützlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, es erforderlich, dass dieses Gericht den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in den sich die von ihm gestellten Fragen einfügen, festlegt oder zumindest die tatsächlichen Annahmen erläutert, auf denen diese Fragen beruhen. Dies gilt insbesondere in bestimmten Bereichen, wie dem des Wettbewerbs, die durch komplexe tatsäch-

15 — Urteile in der Rechtssache C-243/89 (zitiert in Fußnote 8), Randnr. 33, und in der Rechtssache C-513/99 (zitiert in Fußnote 8), Randnr. 81.

16 — Vgl. die Urteile in der Rechtssache 31/87 (zitiert in Fußnote 8), Randnr. 27, und in der Rechtssache C-27/98 (zitiert in Fußnote 8), Randnr. 31.

liche und rechtliche Verhältnisse gekennzeichnet sind.“<sup>17</sup>

des Vergaberechts und Eindämmung von Missbräuchen durch Auftraggeber, dienen.

*C — Befugnis der Mitgliedstaaten, ein bestimmtes Zuschlagskriterium vorzusehen*

46. Im Zentrum des vorliegenden Verfahrens steht die Frage, ob die Mitgliedstaaten die Befugnis haben, für bestimmte Arten von Aufträgen generell das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises vorzusehen. Eine solche Befugnis der Mitgliedstaaten würde zugleich die Wahlfreiheit der von einer solchen Festlegung betroffenen Auftraggeber einschränken.

47. An dieser Stelle ist allgemein daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung von Richtlinien zwar über einen gewissen Spielraum verfügen, doch dabei die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Grenzen zu beachten haben. Daran sind die Mitgliedstaaten auch dann gebunden, wenn sie Maßnahmen setzen, die den Zielen der Gemeinschaft, wie etwa höhere Transparenz auf dem Gebiet

48. Zunächst ist somit auf das von mehreren Beteiligten vorgebrachte Argument einzugehen, dass der im vorliegenden Verfahren auszulegende Rechtsakt eine Richtlinie ist. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass aus dem Umstand, dass die Vergaberichtlinien, wie andere Richtlinien auch, an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, noch nicht abgeleitet werden kann, dass damit den Mitgliedstaaten die Befugnis zur Festlegung eines bestimmten Zuschlagskriteriums eingeräumt wird.

49. Des Weiteren ist auf das Argument einzugehen, wonach die Richtlinie 93/37 kein vollständiges Vergaberegime festlegt. Nach dieser Auffassung könnte für die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Festlegung des Zuschlagskriteriums sprechen, dass die Richtlinie 93/37 wie auch die anderen Vergaberichtlinien kein geschlossenes System des Vergaberechts aufstellen, sondern lediglich eine Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren bezwecken<sup>18</sup>. Zwar ist diesem Befund zuzustimmen, doch lässt sich daraus noch nicht ableiten, dass die Richtlinie 93/37 nicht doch für bestimmte Abschnitte oder Aspekte des Vergabeverfahrens abschließende Regelungen enthält. Dieses

17 — Urteile in den Rechtssachen C-320/90 bis C-322/90 (zitiert in Fußnote 3), Randnrn. 6 und 7, vom 14. Juli 1998 in den Rechtssachen C-284/95 (Safety Hi-Tech, Slg. 1998, I-4301, Randnrn. 69 und 70) und C-341/95 (Bettati, Slg. 1998, I-4355, Randnrn. 67 und 68), vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-67/96 (Albany, Slg. 1999, I-5751, Randnr. 39), in den verbundenen Rechtssachen C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens', Slg. 1999, I-6025, Randnr. 38) und vom 12. September 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98 (Pavel Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451, Randnr. 51).

18 — Vgl. etwa das Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 33.

Argument ist vielmehr insofern zu relativieren, als die Vergaberichtlinien bestimmte Aspekte des Vergabeverfahrens abschließend harmonisieren.

50. Für die Zulässigkeit einer abstrakten Festlegung durch die Mitgliedstaaten spricht hingegen der Umstand, dass die Betroffenen im Allgemeinen — abgesehen von bestimmten rein privaten Unternehmen, wie sie durch die Sektorenrichtlinie einbezogen werden — öffentliche Auftraggeber sind, also dem jeweiligen Mitgliedstaat zuzurechnen sind. Letzteres ergibt sich aus der Definition des Begriffes „öffentlicher Auftraggeber“ und kommt in der in der Rechtsprechung<sup>19</sup> anerkannten Möglichkeit zum Ausdruck, deren Rechtsverletzungen mit dem Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 226 EG zu ahnden.

51. Genau genommen handelt es sich aus dieser Sicht daher auch bei der Festlegung durch den Auftraggeber um eine Festlegung durch den Mitgliedstaat. Der Unterschied zur Festlegung im Ausgangsverfahren liegt allerdings darin, dass diese Festlegung durch das Rahmengesetz, also in allgemein-abstrakter Weise, und auf einer anderen Ebene, und zwar durch den Gesetzgeber und nicht den Auftraggeber selbst, erfolgte.

52. Bei der Antwort auf die zentrale Frage, ob die Mitgliedstaaten die Befugnis zur abstrakten Festlegung nur eines einzigen Zuschlagskriteriums besitzen, ist letztlich von folgenden Überlegungen auszugehen.

53. Die Vergaberichtlinien sehen ausdrücklich zwei Arten von Befugnissen vor: solche der Mitgliedstaaten, wie etwa die Zulassung bestimmter Übermittlungsarten,<sup>20</sup> und solche der Auftraggeber, wie etwa die Möglichkeit, in bestimmten Fällen ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, Änderungsvorschläge zuzulassen oder eine Marge festzulegen.

54. Einige Bestimmungen normieren hingegen ausdrückliche Verpflichtungen, sei es der Mitgliedstaaten, sei es der Auftraggeber. Zu letzterer Gruppe von Vorschriften gehören u. a. die hier einschlägige Bestimmung von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 („... wendet der öffentliche Auftraggeber folgende Kriterien an: a) entweder ... b) oder ...“) sowie die Parallelbestimmungen der anderen Vergaberichtlinien. Diese Vorschrift sieht also keine ausdrückliche Befugnis der

19 — Urteile vom 10. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01 (Kommission/Deutschland, Slg. 2003, I-3609) betreffend eine Gemeinde, vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-237/99 (Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-939) betreffend Sozialwohnungsseinrichtungen, sowie vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-328/96 (Kommission/Osterreich, Slg. 1999, I-7479) und vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-353/96 (Kommission/Irland, Slg. 1998, I-8565) betreffend privatrechtliche Gesellschaften.

20 — Artikel 23 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 oder Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 93/37, beide in der Fassung der Richtlinie 97/52 (zitiert in Fußnote 14).

Auftraggeber vor, dennoch enthält das Gebot, sich nur eines der beiden ausdrücklich vorgesehenen Zuschlagskriterien zu bedienen, auch die Befugnis des Auftraggebers, eines der beiden auszuwählen.

Artikel 23 Absatz 1 zweiter Halbsatz der Richtlinie 93/37 und Artikel 28 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 die Mitgliedstaaten dazu, die Auftraggeber zu verpflichten, in den Verdingungsunterlagen bestimmte Angaben zu machen.

55. Diese Befugnis des Auftraggebers geht in dem Maße verloren, in dem „sein“ Mitgliedstaat diese Wahlmöglichkeit einschränkt, also etwa die Auftraggeber verpflichtet, in bestimmten Fällen alleine das Kriterium des niedrigsten Preises vorzusehen.

58. Hinsichtlich der Zuschlagskriterien fehlt es aber an einer vergleichbaren Bestimmung.

56. Selbst wenn man annimmt, dass die öffentlichen Auftraggeber kein subjektives Recht auf diese Wahlmöglichkeit haben, stellt sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten die Auftraggeber zu einem bestimmten Kriterium verpflichten dürfen.

59. Gegen die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Auftraggeber auf ein einziges Zuschlagskriterium festzulegen, spricht auch der Umstand, dass dadurch die in allen Vergaberichtlinien vorgesehene Gleichrangigkeit der beiden Zuschlagskriterien beseitigt wird.

57. Dagegen spricht erstens, dass weder Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 noch die anderen Vergaberichtlinien eine entsprechende Befugnis der Mitgliedstaaten normieren. Dass jedoch eine solche ausdrückliche Normierung erforderlich wäre, könnte man daraus ableiten, dass die Vergaberichtlinien generell sehr wohl eine Befugnis der Mitgliedstaaten kennen, die Rechte der Auftraggeber, bestimmte Festlegungen zu treffen, einzuschränken. So ermächtigen

60. Schließlich ist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>21</sup> hinzuweisen, in der ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die hier einschlägige Bestimmung den Auftraggebern die Wahl der Kriterien für die Zuschlagserteilung überlässt.

<sup>21</sup> — Siehe etwa die Urteile vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00 (SIAC Construction, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 36) und vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-315/01 (Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH [GAT], Slg. 2003, I-6351, Randnr. 64).

61. Das betraf zwar die Festlegung der Faktoren zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, doch kann man diese Schlussfolgerung des Gerichtshofes auch auf die Wahl des Zuschlagskriteriums selbst übertragen.

62. Gegen die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Festlegung des Zuschlagskriteriums können auch wettbewerbliche Aspekte ins Treffen geführt werden. So schränkt nämlich eine solche Festlegung die Wahlmöglichkeit der Auftraggeber ein, das für die Sicherstellung des freien Wettbewerbs im konkreten Vergabeverfahren geeignetere Kriterium zu wählen. Diese Möglichkeit entfielen im Falle einer generellen Festlegung durch den Gesetzgeber. Wie auch die italienische Regierung ausführte, knüpft Artikel 30 der Richtlinie 93/37 die Wahl eines der beiden Zuschlagskriterien eben nicht an bestimmte Bedingungen.

63. Schließlich ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>22</sup> der Zweck der Vergaberichtlinie, nämlich den freien Wettbewerb zwischen sämtlichen Bietern zu erleichtern, bei der Auslegung zu berücksichtigen. Damit kann eine an diesem Zweck orientierte Auslegung einer Bestimmung der Richtlinie der Befugnis der Mitgliedstaaten, für den Auftraggeber bestimmte Festlegungen zu treffen, entgegenstehen.

64. Das für den vorliegenden Fall diesbezüglich einschlägige Judikat bildet das Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Impresa Lombardini u. a.*, in dem der Gerichtshof Folgendes für Recht erkannt hat:

„Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie steht somit einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren anwendbaren entgegen, wonach zum einen der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, bei der Überprüfung ungewöhnlich niedriger Angebote nur bestimmte, abschließend aufgelistete Erläuterungen zu berücksichtigen, ... und zum anderen bestimmte Arten von Erläuterungen ausdrücklich ausgeschlossen sind, ...“<sup>23</sup>

65. Diesem Urteil lässt sich entnehmen, dass es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt ist, das Ermessen der Auftraggeber in einer Weise einzuschränken, die die Richtlinie nicht ausdrücklich gestattet.

66. Wägt man die für und wider die verfahrensgegenständliche Befugnis der Mitgliedstaaten vorgebrachten und hier zusätzlich entwickelten Argumente ab, so ergibt sich, dass die stärkeren Argumente gegen eine solche Befugnis der Mitgliedstaaten sprechen.

22 — Urteil in den Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (zitiert in Fußnote 9), Randnrn. 84 f.

23 — Urteil in den Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 85.

## VI — Ergebnis

67. Nach alledem wird dem Gerichtshof vorgeschlagen, auf die Vorlagefragen wie folgt zu antworten:

1. Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ist dahin auszulegen, dass er den einzelnen öffentlichen Auftraggebern die Entscheidung überlässt, entweder den niedrigsten Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot als Kriterium für den Zuschlag eines Auftrags vorzusehen. Der nationale Richter hat diese Vorschrift zudem im Lichte des Grundsatzes des freien Wettbewerbs im Sinne von Artikel 81 EG auszulegen.
2. Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem öffentlichen Auftraggeber bei offenen und nicht offenen Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge die Entscheidung für das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots dadurch verbietet, dass sie generell nur das Kriterium des niedrigsten Preises vorschreibt.